

University of Groningen

Gedogen door bestuursorganen

Vermeer, F.R.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vermeer, F. R. (2010). Gedogen door bestuursorganen. [S.l.]: [S.n.].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Samenvatting

Dit onderzoek is gewijd aan het gedogen door bestuursorganen: het door bestuursorganen niet doen naleven van regelgeving door de uitoefening van adequaat toezicht en door het opleggen respectievelijk executeren van herstelsancties. Onderzocht zijn meer in het bijzonder de bestuursrechtelijke mogelijkheden om te gedogen en de bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en civielrechtelijke consequenties daarvan voor het gedogende bestuursorgaan (of de rechtspersoon, ingesteld krachtens publiekrecht waartoe het bestuursorgaan behoort), de gedoogde overtreder, derden en de strafrechtelijke autoriteiten.

Drie vragen hebben centraal gestaan. Deze centrale vragen zijn behandeld aan de hand van de beantwoording van negen subvragen.

Centrale vraag I:

'Aan welke nationale en Europese rechtsnormen (het recht van de Europese Unie en het EVRM) moet gedogen voldoen?'

Subvragen:

1. Wat moet onder gedogen door bestuursorganen worden verstaan? (hoofdstuk 2)
2. Welke materiële bestuursrechtelijke normen gelden voor bestuurlijk gedogen? (hoofdstuk 3)
3. Wat is de invloed van het recht van de Europese Unie (het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op het gebied van gedogen? (hoofdstuk 4)
4. Welke bestuursrechtelijke normen gelden voor het gedogen van coffeshops? (hoofdstuk 5)

5. Welke formele bestuursrechtelijke normen gelden voor gedogen? (hoofdstuk 6).
6. Welke mogelijkheden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaan tegen de diverse beslissingen over gedogen? (hoofdstuk 6)

Centrale vraag II:

‘Wat zijn de juridische gevolgen van het gedogen voor de gedogende overheid, de gedoogde, derden en de strafrechtelijke autoriteiten?’

Subvragen:

7. Wat zijn de juridische gevolgen van het beëindigen van het gedogen voor de gedoogde overtreder? (hoofdstuk 7)
8. In hoeverre heeft gedogen consequenties voor de strafvervolgning? (hoofdstuk 8)
9. Welke juridische gevolgen heeft het gedogen voor een derde? (hoofdstuk 9)

Centrale vraag III:

‘Verdielt het aanbeveling wetgeving in te voeren in verband met gedogen, meer in het bijzonder wetgeving waarin het gedogen door bestuursorganen (op onderdelen) wordt geregeld?’

In hoofdstuk 10 (Wetgeving voor gedogen?) is de beantwoording opgenomen van centrale vraag III, gebaseerd op het uit de eerdere hoofdstukken samengebrachte materiaal.

De eerste vraag is wat onder gedogen door bestuursorganen moet worden verstaan (hoofdstuk 2). In meer beschouwende zin is geconcludeerd dat gedogen zijn juridische grondslag vindt in de beleidsvrijheid tot handhaving van bestuursorganen en zijn materiële rechtvaardiging in een ‘rechtsstatelijk dilemma’. Enerzijds vereisen de beginselen van de rechtsstaat dat het bestuur toeziet op de naleving van wetten en bij gebreke daarvan passende en effectieve handhavingsmaatregelen treft en deze zo nodig executeert. Anderzijds kunnen de beginselen van de rechtsstaat met zich meebrengen dat in bepaalde gevallen juist geen handhavingsmaatregelen worden getroffen. Daarnaast kunnen overwegingen van doelmatigheid onder omstandigheden een goede reden vormen om te gedogen. Door te gedogen is de overheid in staat de specifieke situatie te normeren. Bestuursorganen worden geregeld overvallen door een burger die onder het motto ‘wie bouwt die wint’ alvast begonnen is met een activiteit die niet door een vergunning wordt gedekt. Vervolgens meent betrokkene aanspraak te kunnen maken op gedogen omdat de illegale situatie legaliseerbaar is door het alsnog verlenen van een vergunning. Een burger die achteloos en zonder zijn gedrag af te stemmen op de rechtmatige belangen van anderen handelt, ‘de achteloze burger’ dient door bestuur en rechter niet coulant tegemoet te worden getreden. Aan de

andere kant mag van burgers tot op zekere hoogte een begripvolle houding worden verwacht ten opzichte van werkelijk bijzondere omstandigheden van een andere burger, die een grond kunnen opleveren om te gedogen ('de gedogende burger').

Ter omlijning van het verschijnsel gedogen zijn materiële en formele omschrijvingen van gedogen gegeven. Aangezien voor de toepassing van het bestuursrecht gedogen vooral relevant is voor zover het tot uitdrukking komt in een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb, wordt in de formele omschrijving het vertrekpunt gevormd door het besluit. De formele omschrijving van gedogen luidt: 1) het besluit van het bevoegde bestuursorgaan om 2) inzake een geconstateerde (of verwachte) overtreding 3) geen sanctie op te leggen respectievelijk een opgelegde sanctie niet te executeren, 4) terwijl het opleggen van een sanctie of de executie daarvan in beginsel juridisch mogelijk is en daarvoor geen feitelijke belemmeringen bestaan, alsmede 5) de (tijdelijke) opheffing door het bestuursorgaan van een door hem genomen besluit tot het opleggen van een sanctie of de opschorting van de werking van een dergelijk besluit.

In het onderzoek zijn dertien verschijningsvormen van gedogen onderscheiden en beschreven. In het kader van de bespreking van verschijningsvorm 'De op het bestuursorgaan rustende toezichtstaak wordt inadequaat uitgeoefend waardoor overtredingen niet worden geconstateerd' is aandacht geschonken aan enige bijzondere vragen die zich op het gebied van gedogen voordoen tijdens de toezichtsfase. Kwesties als horizontaal toezicht en het prioriteringsbeleid bij de handhaving, alsmede de plicht voor bestuursorganen tot het houden van adequaat toezicht passeren de revue. Geconcludeerd is dat het niet constateren van een overtreding als gevolg van het feit dat de aandacht van de toezichthouders zich op grond van een redelijk prioriteringsbeleid heeft gericht op andere mogelijke overtredingen, niet als gedogen kan worden beschouwd. Voorts is betoogd dat naast het (handhavings)besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb, de toepassing van niet-besluiten als overtuigen, adviseren of waarschuwen, kan bijdragen aan doelmatige handhaving en niet per se als gedogen mag worden beschouwd. Indien deze interventiemethoden evenwel niet stelselmatig en weloverwogen worden ingezet en het opleggen van sancties bij het uitblijven van het gewenste effect van deze interventies achterwege blijft, onttaarden zij alsnog in gedogen.

Gedogen is grotendeels jurisprudentierecht. Daarom heeft de gedoogjurisprudentie van de bestuursrechter een uitvoerige behandeling gekregen (hoofdstuk 3). Meer speciaal is stil gestaan bij de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ontwikkelde 'beginselflicht tot handha-

ving': bestuursorganen dienen in beginsel handhavend op te treden tegen overtredingen, behoudens bijzondere omstandigheden. De 'beginselplicht' ziet uitsluitend op de fase van sanctieoplegging; niet op de toezichtsfase. Voorts geldt de 'beginselplicht' niet voor elk rechtsgebied en evenmin voor alle bestuursrechtelijke sancties. Op grond van de inhoud van elke bijzondere wet zal vastgesteld moet worden of al dan niet sprake is van een beginselplicht tot handhaving. De gevallen waarin op grond van de jurisprudentie gedogen kan worden aanvaard, zijn ondergebracht in vijf hoofdcategorieën die met elkaar gemeen hebben dat handhaving strijdig moet worden geacht met het in art. 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Het betreft hier de volgende vijf categorieën: 1) overgangssituaties; 2) situaties waarin sprake is van zwaarwegende belangen die zich tegen handhaven verzetten (het achterliggende belang of een ander beschermenswaardig belang wordt beter gediend met gedogen dan met handhaven, dan wel handhaving leidt anderszins tot aperte onevenredigheid); 3) situaties waarin het handhavingsbelang gering wordt geacht; 4) situaties waarin handhaving in strijd komt met algemene beginselen van behoorlijk bestuur: het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of het beginsel van fair play; 5) situaties waarin om een andere bijzondere reden van handhaving moet worden afgezien.

Met het oog op gedogen is het grote belang van de vaststelling van handhavings- en gedoogbeleid beklemtoond. Handhavings- en gedoogbeleid bevorderen evenwichtige en stelselmatige besluitvorming over gedogen en biedt zodoende aan bestuursorganen en burgers alsook aan rechters en instanties, belast met het houden van bestuurlijk toezicht, aangrijpingspunten voor (de beoordeling van de) besluitvorming over gedogen. Bestuursorganen dienen daarom handhavingsbeleid op te stellen. Dit blijft ten onrechte regelmatig achterwege.

De mogelijkheden die ingevolge de Nederlandse jurisprudentie bestaan voor gedogen, sporen niet met die welke worden geboden door het Hof van Justitie van de EG ingeval van toepasselijkheid van EU-normen. De ruimte om bij overtreding van EU-regelgeving een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel te doen, is zeer gering. Het Hof heeft tot dusverre – tegen de achtergrond van de uit art. 10 EG-Verdrag (thans art. 4 EU-Verdrag) voortvloeiende handhavingsplicht – steeds geoordeeld dat bij de directe toepassing van het gemeenschapsrecht het unierechtelijke vertrouwensbeginsel niet contra legem kan werken. Gedogen is onder die omstandigheden niet mogelijk. Gaat het echter om indirecte toepassing van EU-recht, dan zijn er via het nationale vertrouwensbeginsel beperkte mogelijkheden voor gedogen (hoofdstuk 4).

Bij de bespreking van het EVRM is bijzonder aandacht uitgegaan naar art. 2 (recht op leven). Uit art. 2 en de terzake gevormde jurisprudentie laat zich de volgende handhavingstaak van de overheid afleiden: de overheid is verplicht alle maatregelen te nemen die mede gelet op de haar toekomende bevoegdheden redelijkerwijs van haar kunnen worden gevergd om te voorkomen dat een reële en directe levensbedreiging waarvan zij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om bedreigingen, veroorzaakt door overheidsdiensten of derden. De overheid dient met het oog op haar aldus omschreven verplichting, een adequaat systeem van toezicht en (preventieve) handhaving op te zetten; normstelling en daarop gebaseerde vergunningverlening behoren te zijn gericht op het voorkomen van levensbedreigende situaties.

Hoofdstuk 5 behandelt een bijzondere categorie van gedooggevallen: de coffeeshops. Sinds de inwerkingtreding in 1999 van art. 13b Opiumwet beschikt de burgemeester over een rechtstreeks op de Opiumwet gebaseerde bevoegdheid tot handhavend optreden tegen coffeeshops. De bevoegdheid coffeeshops te gedogen vindt daarmee thans eveneens haar grondslag in art. 13b. De grondslag voor het gedoogbeleid voor coffeeshops is de (door de Rijksoverheid, de burgemeesters en de strafrechtelijke autoriteiten) wenselijk geachte scheiding tussen de markt voor harddrugs en de markt voor softdrugs.

In het geheel van de belangenafweging in het kader van het gedogen van coffeeshops komt bijzondere betekenis toe aan de belangen van de bescherming van de volksgezondheid en van de openbare orde. Bij een positieve beslissing om een coffeeshop te gedogen, spelen anders dan bij het ‘reguliere gedogen’, de tijdelijkheid van het gedogen of de werking van het evenredigheidsbeginsel slechts bij hoge uitzondering een rol; aan de mogelijkheid van legalisering komt zelfs geen enkele betekenis toe, omdat legalisering uitgesloten is. Van een beginselplicht tot handhavend optreden tegen coffeeshops is dan ook geen sprake, hoogstens van een door geoorloofd gedoogbeleid ‘geclausuleerde beginselplicht’. De gedoogjurisprudentie, zoals gevormd onder de beginselplichtformule, is slechts in beperkte mate relevant voor het gedogen van coffeeshops.

In hoofdstuk 6 zijn dertien verschillende typen *beslissingen* over gedogen onderscheiden en beschreven. Van twee typen gedoogbeslissingen zijn de formele en inhoudelijke vereisten uitvoeriger behandeld: de gedoogverklaring en de gedoogweigering. Geconstateerd is onder meer dat het in de literatuur en het beleid geformuleerde vereiste dat een gedoogbeslissing,

uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtbescherming van derden, op schrift dient te worden gesteld, dikwijls niet wordt nageleefd.

Daarnaast zijn in dit hoofdstuk de mogelijkheden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de verschillende typen gedoogbeslissingen in beeld gebracht. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de afgelopen jaren enige belangrijke uitspraken over het rechtskarakter van gedoogbeslissingen gedaan. Het meest opmerkelijke aan deze jurisprudentie is dat dezelfde gedoogbeslissing zowel een beschikking als een feitelijke handeling kan zijn. Zo is de gedoogverklaring (met inbegrip van de gedoogtermijn en eventuele voorschriften) om redenen van rechtsbescherming voor de derdebelanghebbende een beschikking. De gedoogweigering en de intrekking van een gedoogverklaring zijn – voor de aanvrager/de gedoogde – geen beschikkingen. Voorts is zowel de gedoogverklaring waarbij is geweigerd onder ruimere voorschriften te gedogen, of voor een kortere periode dan de gedoogde wenste, voor de derde wél, maar voor de aanvrager geen beschikking. De herroeping in bezwaar van een afgegeven gedoogverklaring is – om redenen van rechtsbescherming – weer wel een beschikking.

De benadering van de Afdeling is gegrond op de overweging dat het ontbreken van rechtsgevolg bij deze beslissingen eraan in de weg staat een ‘normaal’ besluit aan te nemen. Het door de Afdeling gemaakte onderscheid is van groot belang voor de rechtsbescherming van de gedoogde. Anders dan de derde behoeft de aanvrager/gedoogde volgens de Afdeling in beginsel geen rechtsbescherming te genieten met betrekking tot een (voor hem ongunstige) beslissingen over gedogen, omdat hij over de betreffende rechtsbeschermingsinstrumenten kan beschikken indien het bestuursorgaan, ná de weigering om te gedogen, een herstelsanctie oplegt. De gedoogde kan als gevolg van deze jurisprudentie in een zeer lastig parket terecht komen nu pas in een laat stadium zekerheid over zijn rechtspositie kan worden verkregen. Er zijn enige situaties behandeld waarin dit tot een onbillijke uitkomst kan leiden.

Hoofdstuk 7 behandelt de positie van de gedoogde in het geval na een periode van gedogen door het bestuursorgaan alsnog tot handhaving wordt besloten. Onder omstandigheden kan het bestuursorgaan gehouden zijn tot betaling van nadeelcompensatie of, bij onrechtmatige beëindiging van het gedogen, tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

Het besluit tot het actief beëindigen van een bestaande gedoogsituatie vergt op grond van art. 3:4, eerste lid, Awb een afweging van alle rechtstreeks betrokken belangen. Ingevolge deze bepaling mogen voor de ge-

doogde de nadelen van het handhavingsbesluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. In de regel zal de conclusie zijn dat geen belemmering voor handhaving bestaat. Incidenteel kan het in een bestaande gedoogsituatie echter noodzakelijk zijn een of meer van de volgende compenserende maatregelen ten behoeve van de gedoogde te nemen: 1) actieve bemoeienis van het bestuur om de overtreder bij het beëindigen van het gedogen van dienst te zijn, 2) het gunnen van een overgangstermijn (bijv. de persoonsgebonden gedoogverklaring), 3) het betalen van nadeelcompensatie.

De rechtmatige beëindiging van de gedoogsituatie zal doorgaans financieel nadeel toebrengen aan de gedoogde. In de regel blijft dit nadeel voor zijn rekening. Er zijn vijf bijzondere situaties behandeld waarin de handhavende overheid echter het nadeel van de gedoogde in de vorm van nadeelcompensatie geheel of ten dele moet vergoeden. Een belangrijke voorwaarde voor toekenning van nadeelcompensatie is in deze gevallen dat het bestuursorgaan bij het gedogen een zodanig bijzondere (soms activerende) rol heeft gespeeld dat in zeer sterke mate gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt bij de gedoogde; er is sprake van een vorm van ‘medeverantwoordelijkheid’ van het bestuursorgaan voor de ontstane situatie. De gewekte verwachtingen worden beschaamd, omdat het bestuur zijn eerder aangenomen houding ten opzichte van het gedogen wijzigt.

In geval van rechtsopvolging van de gedoogde, bijv. als het gedogen een onroerende zaak betreft, kunnen de rechtsopvolger (en het bestuursorgaan) met enige bijzondere problemen geconfronteerd worden. Zo kan het bij gebreke van een publicatieplicht voor alle gedoogverklaringen en omdat stilzwijgend gedogen frequent voorkomt, voor een (potentiële) rechtsopvolger lang verborgen blijven of de situatie die hij aantreft, al dan niet een basis heeft in gedogen. Niet zelden zal betrokkene geconfronteerd worden met het standpunt van het bestuursorgaan dat de gedoogsituatie na de rechtsopvolging is beëindigd. Voor diverse casusposities worden mogelijke oplossingen aangedragen.

Hoe verhoudt de gedoogbeslissing van het bestuursorgaan zich, mede getuige op vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod op détournement de pouvoir, tot de bevoegdheid van het OM tot vervolging van de (gedoogde) overtreding? In hoofdstuk 8 is betoogd dat ter voorkoming van het ontstaan van onduidelijkheden over mogelijke vervolging in een geval waarin het bestuursorgaan overweegt te gedogen, een goede afstemming van de wederzijdse activiteiten tussen het bestuursorgaan en het OM noodzakelijk is. Daarnaast is onderstreept dat gedogen de bevoegd-

heden van de rechter formeel niet beperkt, maar met name wat betreft de strafmaat wel kan beïnvloeden.

Voorts zijn beschouwingen gewijd aan de vraag welke betekenis het gedogen heeft voor de werking van de strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulditsluitingsgronden. In dat verband is gesignaleerd dat de toepassing door een bestuursorgaan van de gedooggrond een ‘ander beschermenswaardig belang dan het belang dat het overtreden wettelijk voorschrijf beoogt te beschermen’, niet per se parallel loopt met een voor de gedoogde gunstige uitpakkende redenering over de toepasselijkheid van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond. In de strafrechtelijke literatuur wordt de exceptie ‘ontbreken van materiële wederrechtelijkheid’ vrij algemeen als overbodig aangemerkt wegens het bestaan van ‘andere excepties’. Het is echter zeer de vraag of deze andere excepties voldoende soelaas kunnen bieden bij alle volgens de jurisprudentie van de bestuursrechter en de beleidsnota’s aanvaarde gronden voor gedogen. Er zijn enige situaties beschreven die waarschijnlijk niet zijn te vatten onder de noemer van de genoemde ‘andere excepties’. In die gevallen zal de exceptie ‘afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid’ uitkomst kunnen bieden.

Hoofdstuk 8 is afgesloten met enige paragrafen over de positie van de overheid (de rechtspersoon, ingesteld krachtens publiekrecht) en haar ambtenaren als medeplichtigen of zelfs medeplegers in een geval van gedogen van een overtreding van een wettelijk voorschrijf door die rechtspersoon en/of zijn personeel (de medeplichtigheid, het medeplegen betreffen hier het gedogen van de overtreding). De (besluitvorming over) handhaving van wettelijke voorschriften en dus (de besluitvorming) over het gedogen van overtreding van die voorschriften, is naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem een zozeer aan de overheid verbonden bevoegdheid, dat deze uitsluitend door of vanwege het bevoegde bestuursorgaan en onder zijn volledige bestuurlijke verantwoordelijkheid (in al haar finesses) kan worden verricht. Er is op dit punt sprake van een exclusieve overheidstaak. Volgens de jurisprudentie betekent dit dat lagere rechtspersonen, ingesteld krachtens publiekrecht (en hun personeel), immuniteit toekomt als zij zich door te gedogen schuldig maken aan (deelname aan) een strafbaar feit. Bij een overheid die haar handhavingstaak ernstig heeft verzaakt, is dat geen rechtvaardige uitkomst.

De in het initiatiefvoorstel Heerds, Van de Kamp en Anker voorgestelde wijziging van art. 42 Sr (‘Niet strafbaar is de ambtenaar of publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrijf opgedra-

gen.’) is van bijzondere betekenis voor gedogende rechtspersonen krachtens publiekrecht en hun ambtenaren. Gedogen kan gezien worden als de uitoefening van een publieke taak, bij wettelijk voorschrift opgedragen; immers volgens de jurisprudentie wordt onder ‘taak’ ook ‘bevoegdheid’ begrepen. Als dit gedogen redelijkerwijs noodzakelijk is, is sprake van straffeloosheid van ambtenaar en rechtspersoon krachtens publiekrecht

De behandeling van de gevolgen van het gedogen voor derden heeft in hoofdstuk 9 haar beslag gekregen. De eerste vraag is of derden bij rechtmatig gedogen aanspraak op nadeelcompensatie kunnen maken. De Afdeling lijkt in het kader van de toekenning van nadeelcompensatie aan een derde die nadeel ondervindt van gedogen, een strenge causaliteitsleer te hanteren. Volgens haar meest vergaande redenering wordt de schade van de derde niet veroorzaakt door de gedoogverklaring, maar door de gedoogde handelingen van de gedoogde. Deze redenering kan in mijn benadering niet voor alle gevallen als uitgangspunt worden genomen. Het is zinvol hier een onderscheid te maken tussen twee categorieën van algemene belangen die de overheid op grond van haar publieke taak heeft te behartigen, te weten individuele belangen en bovenindividuele belangen (gemeenschapsbelangen). Onder individuele belangen worden verstaan belangen van particulieren: een natuurlijke persoon of een niet publieke rechtspersoon. Indien deze belangen door de overheid worden behartigd op grond van haar overheidstaak, dragen zij tevens het karakter van algemene belangen: er is sprake van ‘een individueel algemeen belang’. Bovenindividuele belangen zijn algemene belangen die de overheid behartigt en die niet van individuele (particuliere aard) zijn: er is sprake van ‘een bovenindividueel algemeen belang’. Er kan slechts sprake zijn van voldoende causaal verband tussen het gedoogbesluit en het nadeel van een derde als dit nadeel (in overwegende mate) ter behartiging van bovenindividuele algemene belangen is teweeggebracht.

Een rechtspersoon, ingesteld krachtens publiekrecht, kan aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad in verband met gedogen, als het (van die rechtspersoon deel uitmakende) bevoegde bestuursorgaan heeft nagelaten voldoende controle (toezicht) uit te oefenen op de naleving van regelgeving of heeft nagelaten handhavingsmaatregelen te nemen ter voorkoming/beëindiging van overtreding van regelgeving en daardoor schade is toegebracht aan derden. Niet ieder nalaten van het bestuursorgaan in het kader van toezicht en handhaving leidt tot aansprakelijkheid. Het moet gaan om een nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Anders gezegd: er dient sprake te zijn van schending van een rechtsplicht tot toezicht of handhaving (‘de zorgvuldigheidsnorm’).

Met het oog op de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm is stil gestaan bij de in de bestuursrechtelijke jurisprudentie ontwikkelde beginselplicht tot handhaving. De beginselplicht heeft de beleidsvrijheid van bestuursorganen bij de handhaving weliswaar beperkt, maar niet ongedaan gemaakt. Aan elke beslissing om in een concreet geval al dan niet over te gaan tot het opleggen van een sanctie, dient een afweging van de rechtstreeks betrokken belangen vooraf te gaan. Aan het belang van de handhaving komt bijzonder gewicht toe, maar er resteert een niet te verwaarlozen ruimte om te gedogen. Deze notie is in het kader van het aansprakelijkheidsrecht van bijzonder belang: juist met het oog op de vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm doet het er ten principale toe of het bestuur bij de uitoefening van zijn handhavingstaak in de zin van sanctieoplegging al dan niet belangen mag afwegen. Voor de uitoefening van het handhavingstoezicht (controle) geldt een andere invalshoek. Een beginselplicht voor het toezicht in de zin dat het bevoegde bestuursorgaan in beginsel gehouden is op alle denkbare overtredingen toezicht te houden, is er niet; er geldt 'slechts' een verplichting tot het houden van adequaat toezicht. Op grond van zijn beleidsvrijheid mag het bestuursorgaan bij het toezicht prioriteiten stellen. Het niet constateren van een overtreding als gevolg van een redelijke prioritering is geen gedogen en levert geen onrechtmatige daad op. Voor concrete mogelijke overtredingen, er is sprake van een signaal of een waarschuwing dat een overtreding is of dreigt te worden gepleegd, dient wel een beginselplicht tot toezicht te worden aangenomen. Het negeren van deze informatie is een vorm van gedogen en kan onrechtmatig zijn.

De beginselplicht tot handhaving is in mijn opvatting een jurisprudentienorm die gegeven haar specifieke bestuursrechtelijke historie, achtergrond en karakter, niet geschikt (en ook niet bedoeld) is om zonder meer als zorgvuldigheidsnorm in het onrechtmatige daadsrecht te worden toegepast.

Er is geen vaste algemeen toepasbare aansprakelijkheidsnorm (zorgvuldigheidsnorm) voor onvoldoende toezicht en gebrekkige handhaving. De norm varieert van wettelijke regeling tot wettelijke regeling en van geval tot geval. Er kan sprake zijn van een verhoogde zorgplicht in gevallen van gezondheids- en veiligheidsrisico's. Aan het toezicht worden in die gevallen hoge eisen gesteld, het (tijdelijk) achterwege laten van handavingsmaatregelen is slechts beperkt mogelijk. In andere gevallen kan een gematigde zorgvuldigheidsnorm van toepassing zijn. Het komt er bij deze gematigde norm op aan of het handelen van het bestuursorgaan een toetsing aan normen van redelijkheid kan doorstaan. De rechtspraak lijkt, hoewel voorzichtig, naar eenzelfde benadering te neigen.

In een concreet geval is voor de bepaling van de inhoud van de zorgplicht van het bevoegde bestuursorgaan op het gebied van toezicht en handhaving van belang welke handhavingsactiviteiten op welk moment van hem als behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder en handhaver konden worden verlangd. Daarbij worden in aanmerking genomen: *enerzijds*: 1) zijn wettelijke toezichts- en handhavingstaken en het doel van die taken; 2) de belangen die het wettelijke regime beoogt te beschermen; 3) de hem toekomende beleidsvrijheid, en *anderzijds*: 4) de relevante feiten; 5) de in aanmerking te nemen belangen. Bij de concretisering van de zorgplicht die op het toezichthoudende en handhavende bestuursorgaan rust, komt verder bijzondere betekenis toe aan de door Hoge Raad ontwikkelde ‘Kelderluikfactoren’ (1) de mate van waarschijnlijkheid dat een ander voldoende opletten en voorzichtig is, 2) de kans dat ongevallen ontstaan, 3) de ernst van die gevolgen, 4) de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen).

Wat betreft de tijdigheid en de aard van de door het bestuursorgaan te nemen maatregelen dient aan het bestuursorgaan, afhankelijk van de omstandigheden, enige ruimte te worden gegund om door gebruik van alternatieve interventiemethoden een legale toestand te bewerkstelligen zonder dat tot oplegging van een sanctie wordt overgegaan.

Het *condicio sine qua non* vereiste (causaliteit) kan de benadeelde voor aanzienlijke bewijsproblemen stellen, nu het bestuursorgaan beleidsvrijheid toekomt bij zijn keuze van de op te leggen herstelsanctie en de vormgeving daarvan. In de concrete situatie zal de rechter dienen vast te stellen welk instrument (op welke wijze) het bestuur redelijkerwijs heeft moeten inzetten en meer speciaal of als dat was gebeurd, de schade zich niet zou hebben voorgedaan. Daarbij spelen factoren een rol als: 1) de haalbaarheid van de feitelijke toepassing van bestuursdwang; 2) de proportionaliteit van de bestuursdwang ten opzichte van de overtreder; 3) de nadelen voor derden bij het voortduren van de illegale toestand; 4) de risico’s die voor de overheid verbonden zouden zijn geweest aan uitoefening van bestuursdwang in geval van vernietiging van het bestuursdwangbesluit.

In het afsluitende hoofdstuk 10 is de vraag onder ogen gezien of het aanbeveling verdient wetgeving in te voeren waarin het gedogen door bestuursorganen (op onderdelen) wordt geregeld. De beantwoording van deze vraag heeft onder meer

tot de volgende conclusies geleid:

- I. Uit een oogpunt van adequate handhaving dient de wetgever met betrekking tot de inhoud van het toezicht op de naleving van bepaalde wettelijke regelingen – met name die welke de veiligheid of gezondheid

- van mens en dier raken – voorschriften te geven voor ten minste: 1) de ondergrens van de frequentie van het toezicht; 2) de objecten waarop het toezicht zich richt; 3) de wijze van uitoefening van het toezicht.
- II. Gelet op het grote belang dat handhavingsbeleid heeft voor de regulering van de beleidsvrijheid van het bestuur wat betreft toezicht, sanctieoplegging en sanctie-executie is het gewenst om in de Awb voor bestuursorganen een algemene verplichting op te nemen om handhavingsbeleid vast te stellen.
 - III. De Awb dient geen materiële normen voor gedogen te bevatten.
 - IV. In de Awb dient een verplichting te worden opgenomen tot opschriftstelling van een beslissing over gedogen.
 - V. De Awb dient te bepalen dat een beslissing over gedogen een beschikking is. In hoofdstuk 10 zijn de componenten opgenomen van de in de punten IV en V voorgestelde regelingen.
 - VI. Ten behoeve van de gedoogde, zijn rechtsopvolger, de derdebelanghebbende en het bestuursorgaan dienen gedoogbeschikkingen betreffende onroerende zaken te worden geregistreerd in een openbaar, via internet toegankelijk, register.